

## **VD\_GERICHTE PT19.028673 vom 16. März 2022**

VD Tribunal cantonal, 2022-03-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT19.028673](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT19.028673)

FR: VD\_GERICHTE PT19.028673 du 16 mars 2022

IT: VD\_GERICHTE PT19.028673 del 16 marzo 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Aux pages 4 à 6 de son appel, l'appelante a exposé un état de fait, qui se réfère, selon elle, au jugement querellé.

##### **E. 3.1**

L'art. 311 al. 1 CPC impose au justiciable de motiver son appel. Il doit ainsi s'efforcer d'établir que la décision attaquée est entachée d'erreurs, que ce soit au niveau des faits constatés et/ou des conclusions juridiques qui en sont tirées. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens déjà présentés aux juges de première instance, si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée, ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et le grief doit être déclaré irrecevable (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A\_577/2020 du 16 décembre 2020 consid. 5 ; TF 4A\_74/2018 du 28 juin 2018 consid. 3.2 ; TF 4A\_218/2017 du 14 juillet 2017 consid. 3.1.2, SJ 2018 I 21). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 141 III 569 consid. 2.3.3 ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A\_356/2020 du 9 juillet 2020 consid. 3.2 ; TF 5A\_503/2018 du 25 septembre 2018 consid. 6.3 ; TF 5A\_573/2017 du 19 octobre 2017 consid. 3.1). Ainsi, lorsque l'appelant retranscrit ce qu'il considère être « les faits déterminants et établis », sans faire la moindre allusion à l'état de fait contenu dans le jugement attaqué et sans rien indiquer sur l'objet et le fondement de ses éventuelles critiques, cette partie du mémoire d'appel est irrecevable. Il n'appartient pas en effet à l'autorité d'appel de comparer l'état de fait qui lui est présenté avec celui de la décision attaquée pour y déceler les éventuelles modifications apportées et en déduire les critiques de l'appelant (CACI 4 mai 2021/212

- 21 - consid. 3.2 ; CACI 8 juin 2020/223 consid. 2.2 ; CACI 29 juin 2017/273 consid. 3.2).

##### **E. 3.2**

En l'espèce, l'appelante s'est contentée de présenter, aux pages 4 à 6 de son d'appel, un état de fait, sans faire la moindre allusion à celui retenu par les premiers juges, comme indiquer s'il était identique ou différent de celui figurant dans le jugement entrepris. Dans la mesure où il n'appartient pas, selon la jurisprudence, à l'autorité de céans de comparer l'état de fait présenté par l'appelante et celui retenu par les premiers juges pour y déceler d'éventuelles modifications, il ne sera pas tenu compte de ce chapitre de l'appel.

#### **E. 4**

L'appelante invoque une constatation inexacte des faits sur plusieurs points. Ces questions seront examinées successivement.

#### **E. 4.1**

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu que F.\_\_\_\_\_ disposait de liquidités suffisantes pour payer les redevances du leasing au moment de la conclusion des contrats en dates des 3 décembre 2015 et 13 janvier 2016, grâce aux montants investis par [...], et ce quand bien même il ressortait du bilan intermédiaire de la société au 31 décembre 2015 qu'elle était déjà surendettée. Elle fait valoir que, mis à part les redevances de leasing, les charges de la société n'étaient pas connues et que le surendettement et l'augmentation continue de celui-ci démontreraient, au contraire, qu'elle ne disposait pas de suffisamment de liquidités pour payer ses charges. Elle ajoute que les créances inventoriées à l'état de collocation, à hauteur de plus de 200'000 fr., le démontreraient également. Par ailleurs, l'appelante relève que l'arrêt des paiements des leasing ne daterait pas du 17 mai 2016, mais du 29 mars 2016, soit le moment à partir duquel le prénommé n'a plus effectué de versement pendant trois mois. Elle indique sur ce point que ce ne serait que les 28 et 29 juin 2016 que l'intéressé aurait effectué quatre derniers paiements pour un montant total de 7'750 francs. L'appelante soutient encore que l'affirmation des premiers juges selon laquelle le surendettement de la société concernée ne résultait que des apports financiers d' [...] ne ferait

- 22 - aucun sens, dès lors que la question de ces apports serait sans pertinence à cet égard. Il ressort des comptes de F.\_\_\_\_\_ que le prénommé a effectué, les 28 et 29 juin 2016, quatre versements pour un total de 7'750 fr. sur son compte courant au sein de la société (pièce 4). Ainsi, il convient de constater, comme le requiert l'appelante, que cette société a payé les leasing faisant l'objet des contrats des 3 décembre 2015 et 16 janvier 2016 jusqu'aux dates précitées. Il y a également lieu de donner acte à l'appelante du fait qu'au vu des éléments au dossier, on ignore dans quelles mesures les autres charges courantes de la société étaient payées. Pour le surplus, l'argumentation de l'appelante relève davantage du droit que des faits, de sorte qu'elle sera examinée ci-dessous (cf. consid. 5 infra).

#### **E. 4.2**

L'appelante estime que l'autorité de première instance aurait omis de constater que F.\_\_\_\_\_ et l'intimé ne l'avaient pas informée, lors de la conclusion des deux contrats de leasing, de la situation catastrophique de la société et de son état de surendettement, l'intimé n'étant selon elle pas parvenu à démontrer le contraire durant la procédure. Sous l'angle de la constatation inexacte des faits, cet argument est sans portée. Il ressort en effet clairement des faits constatés par les premiers juges – et ceux reproduits ci-dessus – qu'il n'y a pas eu de contact préalable à la conclusion des contrats entre F.\_\_\_\_\_, et donc l'intimé, et l'appelante (cf. consid. C.2 supra). Pour le reste, les développements auxquels se livre l'appelante relèvent en réalité de l'appréciation juridique et seront examinés ci-dessous (cf. consid. 5 infra).

#### **E. 4.3**

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir considéré, d'une part, que F.\_\_\_\_\_ pouvait légitimement compter sur une postposition de la créance d' [...], propre à éviter l'avis de surendettement au juge, et, d'autre part, qu'une convention de postposition avait été immédiatement conclue avec le prénommé à l'occasion de la clôture du

- 23 - premier exercice comptable et que cela confirmait le bien-fondé de ce raisonnement. Là encore, l'argument de l'appelante ne concerne par la constatation des faits, mais l'appréciation juridique. Le moyen de l'appelante sera donc examiné ci-dessous (cf. consid. 5 infra).

#### **E. 4.4**

L'appelante estime que les premiers juges auraient relevé à tort que « la question de savoir si, à compter de l'arrêt de l'apport de financement au mois de mai 2016, la faillite aurait pu être prononcée plus tôt, si le défendeur avait agi différemment, est sans pertinence, puisque la demanderesse ne se prévaut pas d'un dommage causé par l'avis tardif au juge ». Elle fait valoir que, dans sa demande du 24 juin 2019, en particulier à ses allégués 65, 104, 106 et 107, elle se serait expres-sément prévaluée, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité de première instance, d'un dommage causé par la tardiveté de l'avis de surendettement. En l'espèce, la demande est confuse et les explications données par l'appelante à cet égard ne sont pas claires. Cependant, il ressort effectivement de la demande du 24 juin 2019 que l'appelante s'est prévaluée d'un dommage causé par un avis de surendettement au juge tardif. L'état de fait a dès lors été complété en ce sens que cette demande contient le passage suivant : « Si on admettait que Z.\_\_\_\_\_ avait agi à temps, soit lorsque le surendettement de la société est intervenu, la société faillie n'aurait pas accusé une perte de CHF 357'892 fr. 92, mais une perte largement inférieure à celle-ci. Dans tous les cas, la différence entre la perte hypothétique (si le juge avait été avisé à temps) et la perte effective (suite au prononcé tardif de la faillite) est largement supérieure à 32'243 fr. 86, montant ici recherché. ». Dans sa demande, l'appelante a en outre indiqué qu'elle invoquait à la fois un dommage direct et un dommage indirect.

- 24 -

#### **E. 4.5**

Le jugement entrepris retient que l'Office des faillites de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a restitué certains biens à l'appelante provenant des leasing, dont la valeur a été estimée à 2'672 francs. Ce fait doit être précisé d'office en ce sens qu'on ignore si ces biens concernent tous les objets des leasing ou non. Par ailleurs, l'estimation de la valeur de ces biens est celle fournie par l'appelante à l'office des faillites (cf. pièces 36 et 37). Il y a également lieu de préciser que, dans sa demande, l'appelante a allégué qu'elle demeurait, conformément aux conditions générales des contrats de leasing, propriétaire des biens concernés. L'état de fait constaté par les premiers juges doit également être corrigé d'office en ce sens que les fournisseurs des objets remis en leasing ont facturé à l'appelante les sommes de 15'814 fr. 80 et 13'334 fr. 60 pour le matériel remis à F.\_\_\_\_\_. Toutefois, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité de première instance, il n'est pas établi que ces montants ont été payés (cf. pièces 10 et 21). Les visas comptables figurant sur ces factures laissent en effet penser que tel est le cas, mais ne permettent pas de l'établir avec certitude. Enfin, le jugement querellé retient qu'au 31 décembre 2016, la société présentait un surendettement de 357'892 fr. 92. Il convient de compléter d'office ce fait en ce sens que la créance d' [...] était alors de 218'727 fr. 93 et qu'il figurait également au bilan, à cette date, une créance d'une filiale russe de F.\_\_\_\_\_ (« Filial [...] ») d'une valeur de 68'860 francs.

#### **E. 5**

L'appelante invoque notamment une violation des art. 717 et 725 CO. Elle fait valoir que l'intimé n'aurait pas respecté son devoir de diligence sur deux aspects, soit l'interdiction d'opérer des dépenses sans justification commerciale ou excessives et l'obligation d'aviser en cas de surendettement. Elle invoque plusieurs chefs de dommage.

## **E. 5.1**

- 25 -

### **E. 5.1.1**

L'art. 717 al. 1 CO prévoit que les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé ; s'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le tribunal, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. Aux termes de l'art. 754 al. 1 CO, qui règle la responsabilité dans l'administration, la gestion et la liquidation de la société anonyme, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.

### **E. 5.1.2**

L'action dont dispose un créancier social envers les organes d'une société dépend du type de dommage subi (ATF 132 III 564 consid. 3b, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13). A cet égard, selon le Tribunal fédéral, trois situations sont envisageables, à savoir un dommage direct du créancier (cf. consid. 5.1.2.1 infra), un dommage par ricochet du créancier découlant d'un dommage direct de la société (cf. consid. 5.1.2.2 infra) ou un dommage direct du créancier et un dommage direct de la société (cf. consid. 5.1.2.3 infra) (ATF 132 III 564 consid. 3.1, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; TF 4A\_213/2010 du 28 septembre 2010 consid. 3 ; TF 4A\_174/2007 du 13 septembre 2007 consid. 3.2)

- 26 - La qualité pour agir du créancier lésé à l'encontre de l'organe de la société varie en fonction des trois situations précitées (Corboz/Aubry Girardin, Commentaire romand, Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017, nn. 47 et 55 ad art. 754 CO). Les distinctions qui suivent sont dictées par le respect des règles générales du droit de la responsabilité civile. Parmi celles-ci figure le principe selon lequel seul le lésé direct peut demander réparation de son dommage, celui qui ne subit qu'un dommage par ricochet en raison d'une relation particulière avec le lésé direct ne disposant d'aucune action en réparation contre l'auteur du dommage (ATF 132 III 564 consid. 3.2 et la référence citée, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13).

#### **E. 5.1.2.1**

Premièrement, le créancier peut être lésé à titre personnel par le comportement des organes, à l'exclusion de tout dommage causé à la société. Il subit alors un dommage direct (ATF 132 III 564 consid. 3.1.1 et les références citées, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; TF 4A\_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 3). Le créancier est seul lésé lorsque le

manquement reproché à l'organe lui a causé un dommage indépendant de tout préjudice pour la société, c'est-à-dire un dommage qui ne se recoupe pas avec un préjudice pour la société, ni ne découle de lui (Corboz/Aubry Girardin, op. cit., n. 61 ad art. 754 CO). A titre d'exemple, la doctrine cite le cas où une personne consent, sur la base d'un bilan inexact, un prêt pour un taux usuel à une société en grande difficulté. Dans un tel cas, la société reçoit un actif qui correspond au passif créé, elle n'est dès lors pas lésée (Corboz/ Aubry Girardin, op. cit., n. 62 ad art. 754 CO et la référence citée). Si la société ne subit aucun dommage, cela exclut d'emblée la possibilité qu'elle exerce une action sociale à l'encontre de ses organes (TF 4C.200/2002 du 13 novembre 2002 consid. 3 et les références citées). En cas de préjudice direct, le créancier lésé peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au responsable (ATF 132 III 564 consid. 3.2.1, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13). Son action est régie par les règles ordinaires de la responsabilité civile et, à condition qu'elle repose sur un fondement juridique valable, elle n'est soumise à aucune restriction (ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, JdT 2006 I 56, SJ 2005 I 385 ; TF 4C.48/2005 du 13 mai 2005 consid. 2.1). Les limitations posées par la

- 27 - jurisprudence quant à la possibilité pour le créancier social d'agir individuellement contre un organe ne sont pas applicables (TF 4C.200/2002 du 13 novembre 2002 consid. 3). La réparation de ce dommage peut être invoquée en tout temps par l'intéressé, peu importe que la société ait été mise en faillite ou non (ATF 127 III 374 consid. 3a, JdT 2001 II 39, SJ 2002 I 24). Le créancier pourra agir en invoquant un acte illicite de l'organe (par exemple un dol lors de l'octroi d'un prêt) ; il pourra se prévaloir de la culpa in contrahendo d'un organe agissant au nom de la société ; il pourra également invoquer la violation d'un devoir incombant à l'organe en vertu du droit de la société anonyme, à la condition que ce devoir soit conçu également dans l'intérêt des actionnaires ou des créanciers. Il n'est pas nécessaire que le devoir soit conçu exclusivement dans l'intérêt des actionnaires ou des créanciers ; il suffit que le demandeur soit englobé dans le but protecteur de la norme (Corboz/Aubry Girardin, op. cit., n. 63 ad art. 754 CO).

#### **E. 5.1.2.2**

En deuxième lieu, lorsque le comportement reproché aux organes de la société a fait diminuer le patrimoine propre de la société, celle-ci subit à l'évidence un dommage direct. La doctrine cite le cas d'un administrateur qui dilapide les fonds de la société pour jouer au casino. Le détournement a alors uniquement porté sur le patrimoine de la société qui a été appauvrie d'autant. Dans ce cas, en vertu des principes généraux de la responsabilité, c'est la société qui est seule légitimée à réclamer des dommages-intérêts à l'organe responsable (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56, SJ 2005 I 385 ; Corboz/Aubry Girardin, op. cit., nn. 60 ss ad art. 754 CO). Tant que la société demeure solvable, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'honorer ses engagements, le dommage reste dans sa seule sphère, sans toucher les créanciers sociaux, qui pourront obtenir l'entier de leurs prétentions. C'est seulement lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier social subit un dommage à hauteur de sa créance non honorée, ou partiellement honorée, par la société. Il ne fait cependant valoir qu'un dommage indirect, car celui-ci a pris naissance dans le fait que la société, appauvrie par le comportement de son administrateur indélicat, n'a plus pu faire face à ses obligations financières envers lui ; le dommage qu'il

- 28 - subit découle donc de l'insolvabilité de la société (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56 ; ATF 128 III 180 consid. 2c, JdT 2004 I 367 ; Corboz/Aubry Girardin, op. cit., n.

65 ad art. 754 CO). Dans ce cas, le Tribunal fédéral a jugé que le conflit potentiel entre l'action individuelle et l'action sociale peut être réglé en constatant qu'il n'existe que l'action sociale, le créancier ne faisant valoir qu'un dommage par ricochet, impropre à fonder une action individuelle. Cela est justifié par le fait qu'en droit suisse, seul le dommage causé directement peut, en principe, fonder une action en réparation ; celui qui n'est touché que par ricochet n'a pas d'action personnelle (ATF 136 III 14 consid. 2.4 ; ATF 132 III 564 consid. 3.1.2 et 3.2.2, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; cf. Corboz/Aubry Girardin, loc. cit., et les références citées).

### **E. 5.1.2.3**

En troisième lieu, il existe encore des situations, plus rares, dans lesquelles on discerne à la fois un dommage direct pour le créancier et un dommage direct pour la société (ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, JdT 2006 I 56, SJ 2005 I 385). En d'autres termes, le comportement de l'organe porte directement atteinte au patrimoine de la société et du créancier social, sans que le préjudice causé à ce dernier ne dépende de la faillite de la société (ATF 132 III 564 consid. 3.1.3 et la référence citée, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13). Ce cas de figure se présente essentiellement lorsqu'il leur est reproché d'avoir tardé à déposer le bilan (Corboz, Note sur la qualité pour agir en responsabilité contre un administrateur ou un réviseur, SJ 2005 I 390 ss, spéc. pp. 391-392 [ci-après : Corboz, Note]). C'est uniquement dans cette hypothèse et pour parer au risque d'une compétition entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou l'administration de la faillite et par les créanciers directement touchés que la jurisprudence a limité le droit d'agir de ces derniers (ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, JdT 2006 I 56, SJ 2005 I 385 ; TF 4C.48/2005 du 13 mai 2005 consid. 2.1), afin de donner une priorité à l'action sociale (Corboz/Aubry Girardin, Note, p. 392). Ainsi, lorsque la société est aussi lésée, un créancier social peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi

- 29 - seulement s'il peut fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), une culpa in contrahendo ou sur une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers (ATF 136 III 14 consid. 2.4 ; ATF 132 III 564 consid. 3.2.3, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; ATF 122 III 176 consid. 7, JdT 1998 II 140 ; Corboz/Aubry Girardin, op. cit., n. 66 ad art. 754 CO). Le Tribunal fédéral a jugé qu'un retard dans le dépôt du bilan cause toujours aussi un préjudice à la société et que le devoir d'aviser le juge n'est pas conçu exclusivement dans l'intérêt des créanciers sociaux, mais aussi dans celui de la société, de sorte qu'une action individuelle, en cas de faillite, est exclue (ATF 136 III 14 consid. 2.4 ; ATF 132 III 564 consid. 3.2.3, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; ATF 131 III 306 consid. 3.1.2). L'importance pratique de cette règle restrictive a souvent été exagérée par la doctrine (Garbarski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne 2005, pp. 60 ss). En effet, ces principes ne valent que dans les cas où l'on discerne un dommage direct à la fois pour la société et pour le créancier. Ils ne sont pas applicables lorsque seul le créancier social est lésé ou lorsque le créancier subit un dommage par ricochet découlant de l'insolvabilité de la société. Ces limitations n'ont du reste aucun intérêt dans ce dernier cas, puisque le créancier social lésé par ricochet ne dispose précisément d'aucune action individuelle contre l'organe responsable, ce qui exclut tout risque de concurrence avec l'action sociale (ATF 132 III 564 consid. 3.2.3, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 et les références citées).

### **E. 5.1.2.4**

Il convient de préciser, à l'aune de ce qui vient d'être énoncé, que lorsque la société subit un dommage direct (cf. consid. 5.1.2.2 supra) qui entraîne son insolvabilité, puis sa faillite, la créance qu'elle pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance unique de la communauté des créanciers (ATF 117 II 432 consid. 1.b/dd, JdT 1993 II 154, JdT 1993 I 72, SJ 1992 114). A teneur de l'art. 757 al. 1 CO, il appartient en priorité à l'administration de la faillite d'exercer l'action en réparation. Toutefois, si l'administration de la faillite renonce à exercer cette action sociale (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut réclamer la réparation du dommage subi directement par la société (ATF

- 30 - 131 III 306 consid. 3.1.1, JdT 2006 I 56, SJ 2005 I 385), mais non son dommage propre (ATF 132 III 564 consid. 3.2.2, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006 consid. 3.1). Il exerce ainsi l'action de la communauté des créanciers, mais le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir ses propres prétentions telles que colloquées (ATF 132 III 342 consid. 2.1, JdT 2007 I 51 ; ATF 117 II 432 consid. 1b, JdT 1993 II 154, JdT 1993 I 72, SJ 1992 114). Les défendeurs à cette action sociale intentée par le créancier social ne peuvent pas faire valoir les objections opposables à la société ou au demandeur personnellement, mais seulement celles opposables à la communauté des créanciers (CACI 28 avril 2014/214 consid. 3.3.2 et la référence citée). Il y a alors une purge des objections opposables à la société et d'une exclusion des exceptions personnelles à l'égard du créancier demandeur ; la doctrine parle alors de théorie de l'Ablösung (Garbarski, op. cit., pp. 85 et 86). Le mécanisme prévu à l'art. 757 al. 1 et 2 CO correspond à la cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 [RS 281.1] ; cf. à ce sujet ATF 121 III 488 consid. 2b, JdT 1997 II 147, SJ 1996 274). L'art. 757 al. 3 CO réserve d'ailleurs cette disposition. Selon la jurisprudence, cette réserve a pour seul but de montrer que la voie de la cession en faveur d'un créancier au sens de l'art. 260 LP coexiste avec la règle prévue par le CO. Ainsi, que le créancier agisse sur la base de l'art. 757 al. 1 et 2 CO ou sur la base de l'art. 260 LP, ou qu'il invoque les deux dispositions, sa situation juridique n'est pas modifiée : dans tous les cas, il agit en vertu d'un mandat procédural (ATF 132 III 342 consid. 2.2, JdT 2007 I 51 ; ATF 121 III 488 consid. 2b, JdT 1997 II 147, SJ 1996 274 ; TF 4A\_174/2007 du 13 septembre 2007 consid. 3.3 ; Corboz/Aubry Girardin, op. cit., n. 89 ad art. 745 CO). Il agit « en lieu et place de la masse, en son propre nom, pour son compte et à ses risques et périls », selon le texte de la formule obligatoire 7F (cf. art. 2 ch. 6 et 80 OAOF [ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 ; RS 281.32]). Cette formule précise notamment, parmi les conditions auxquelles le créancier cessionnaire est autorisé à poursuivre la réalisation des droits faisant

- 31 - l'objet de la cession, que « [I]a somme d'argent obtenue judiciairement ou à l'amiable peut être employée par le créancier cessionnaire, après paiement des frais, à couvrir sa créance ; l'excédent éventuel sera remis à la masse ». Si le créancier cessionnaire a ainsi un devoir d'information et des devoirs quant à l'utilisation du gain du procès, rien ne l'empêche de conclure à la condamnation du défendeur de payer directement en ses mains, comme cela est d'ailleurs usuel dans la pratique (ATF 132 III 564, JdT 2007 I 448, SJ 2007 I 13 ; TF 4A\_174/2007 du 13 septembre 2007 consid. 3.3 et les références citées). La qualité de créancier doit exister au moment du dépôt de la demande en justice. Le créancier qui figure à l'état de collocation définitif (créancier définitivement admis à l'état de collocation) est habilité à agir sans qu'il y ait à réexaminer sa qualité de créancier (ATF 132

III 342 consid. 2, JdT 2007 I 51 ; Corboz/Aubry Girardin, op. cit., nn. 26 et 27 ad art. 757 CO). Bien que l'art. 757 CO ne prescrive pas que les demandeurs doivent agir ensemble, cette consorité matérielle improprement dite découle du mécanisme de l'art. 260 LP et exige – uniquement – que toutes les demandes soient jugées dans la même procédure et aboutissent à un seul jugement sur la prétention (Tschumy, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, JdT 1999 II 34 ss ; ATF 121 III 488 consid. 2c et 2d, JdT 1997 II 147, SJ 1996 274). Cette sorte de consorité n'empêche en revanche nullement un créancier de renoncer à l'action ou de conclure une transaction avec la partie défenderesse, si du moins cette décision n'entrave pas les autres créanciers sociaux dans leur action (ATF 121 III 488 consid. 2c, JdT 1997 II 147, SJ 1996 274).

### **E. 5.1.3**

En raison de son devoir de diligence, l'administrateur doit s'efforcer de remplir au mieux sa mission, que celle-ci soit dictée expressément par la loi ou résulte des circonstances. Ainsi, il est tenu de contrôler de manière régulière la situation économique et financière de la société ; il doit s'abstenir de dépenses qui n'ont aucune justification commerciales ou qui apparaissent excessives, compte tenu des ressources de la société ; il ne doit notamment pas se lancer dans des opérations

- 32 - sans espoirs ou exagérément risquées. L'administrateur n'est pas responsable du seul fait que son choix, examiné a posteriori, ne paraît pas judicieux. Il faut se placer au moment du comportement qui lui est reproché et se demander, en fonction des renseignements dont il disposait ou pouvait disposer, si son attitude semble raisonnablement défendable (Corboz/Aubry Girardin, op. cit., n. 22 ad art. 754 CO et les références citées).

### **E. 5.1.4**

Selon la jurisprudence, lorsque le dommage de la société consiste en une augmentation de l'endettement de la faillite consécutive à un retard dans le prononcé de la faillite (cf. art. 725 al. 2 CO), autrement dit s'il est dû à la poursuite de l'exploitation au-delà du moment où le bilan aurait dû être déposé, il faut alors comparer le découvert effectif avec celui qui existait à la date à laquelle la faillite aurait dû être prononcée (ATF 136 III 322 consid. 3.2 et les références citées, JdT 2011 II 537).

## **E. 5.2**

En l'espèce, l'appelante paraît faire valoir deux, voire trois chefs de dommage. Elle considère tout d'abord que F. \_\_\_\_\_ se serait engagée envers elle par la conclusion des contrats de leasing alors même qu'elle était déjà surendettée. A cet égard, elle invoque, dans ses moyens de droit, un dommage indirect. Elle paraît également soutenir, dans le chapitre de son appel consacré à la constatation inexacte des faits, que la société précitée lui aurait causé un dommage direct, parce qu'elle ne l'aurait pas informée de sa situation économique au moment de la conclusion des contrats. A ce stade, il n'y a pas lieu de déterminer si l'appelante est légitimée, en se fondant sur la seule conclusion des contrats litigieux, à invoquer à la fois un dommage direct et un dommage indirect, dès lors que, comme cela sera exposé ci-dessous (cf. consid. 5.2.1 infra), la réparation d'un dommage direct doit en l'espèce de toute manière être exclue.

### **E. 5.2.1**

Dans la présente situation, un dommage direct pourrait uniquement être invoqué si le prétendu acte illicite reproché au débiteur

- 33 - consisterait pour celui-ci à conclure un contrat, dont il savait qu'il ne serait pas en mesure de l'honorer. Une telle action ne permet au créancier que de demander des dommages-intérêts négatifs, de manière à le placer dans la situation patrimoniale qui serait la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat (cf. ATF 123 III 16 consid. 4b, JdT 1991 I 105). Les dommages- intérêts négatifs doivent principalement couvrir les dépenses faites par le créancier pour la négociation, la conclusion et la préparation de l'exécution du contrat devenu caduc, ou les dommages-intérêts dus à des tiers en raison de l'inexécution de ce contrat, ou encore le gain manqué sur d'autres affaires auxquelles le créancier a renoncé en raison dudit contrat (cf. par ex. TF 4A\_69/2019 du 27 septembre 2019 consid. 5.2.1 et les références citées). En l'espèce, l'appelante reproche à F. \_\_\_\_\_ et à l'intimé d'avoir passé deux contrats de leasing alors que, selon elle, celui-ci savait, au regard des finances de la société, qu'elle n'avait pas la possibilité de payer les mensualités relatives à ces contrats. On se trouve dès lors en l'occurrence bien dans la situation telle que décrite ci-dessus et l'appelante pourrait alors, si on suivait son raisonnement, requérir des dommages-intérêts négatifs. Cela étant, à l'instar des premiers juges, il y a lieu de considérer qu'aucune faute ne peut être imputée à l'intimé. En l'espèce, F. \_\_\_\_\_ était certes déjà surendettée au moment de la conclusion des contrats de leasing des 3 décembre 2015 et 13 janvier 2016. Cependant, à ce moment-là, et comme on le verra en détail ci-dessous (cf. consid. 5.2.2 infra), l'intimé n'en n'avait encore pas connaissance. Il n'a en effet su que la société connaissait des difficultés financières que quelques mois plus tard, lorsqu' [...] l'a informé, en mai 2016, qu'il ne pourrait pas verser des fonds à la société. Par ailleurs, et surtout, l'appelante n'est pas en mesure d'invoquer la réparation d'un dommage direct, parce que celui-ci n'est en l'occurrence pas établi. L'appelante semble partir du principe que son dommage serait équivalent à la somme que le Tribunal civil de Bâle-Ville lui a allouée sur la base des contrats de leasing. Cependant, ce raisonnement ne saurait être suivi. Le montant auquel a conclu l'appelante a été déterminé sur la base

- 34 - des contrats précités et correspond à l'entier des mensualités de leasing encore dues, plus des frais. Or, le dommage doit se calculer de manière différente : Il faudrait tout d'abord connaître la perte de l'appelante, mais celle-ci n'a pas été alléguée. A cet égard, on pourrait admettre que le montant du dommage serait constitué du coût du matériel informatique acquis auprès des fournisseurs concernés dans le but de le remettre en leasing à F. \_\_\_\_\_, sous déduction des redevances effectivement payées par cette dernière et de la valeur du matériel qu'elle a en définitive pu récupérer de la part de l'Office des faillites. Toutefois, comme on l'a vu, il n'est pas réellement établi que l'appelante s'est acquittée des factures de ses propres fournisseurs. En outre, à supposer que ces factures aient été payées par l'appelante, on ignore encore la valeur réelle du matériel qu'elle a récupéré, puisque le montant retenu de 2'672 fr. ne résulte que des indications qu'elle a données à l'office précité. Ainsi, le dommage direct dont paraît se prévaloir l'appelante ne pouvant pas être établi, il n'y a pas lieu de lui allouer une quelconque somme à titre de réparation sur cette base.

### **E. 5.2.2**

L'appelante invoque ensuite l'art. 717 CO pour fonder l'existence d'un dommage indirect. Elle fait valoir qu'au moment de la conclusion des contrats de leasing, F. \_\_\_\_\_ ne disposait pas de liquidités suffisantes et que les financements d' [...] n'étaient ni suffisants ni certains pour supporter le coût des leasing, d'un total de l'ordre de 30'524 fr., plus les frais. Elle reproche ainsi à l'intimé une violation de son devoir de diligence, dès lors que

celui-ci ne se serait pas soucié de la situation économique de la société, qu'il n'aurait pas contrôlé les dépenses de celle-ci et qu'il aurait accepté de conclure les contrats alors que ceux-ci constituaient selon elle une dépense excessive. Elle fait valoir, comme dans le moyen précédent, que si F. \_\_\_\_\_ n'avait pas conclu les contrats litigieux, elle n'aurait pas eu à supporter l'ensemble des coûts qui en ont découlé et qui lui ont provoqué un dommage, pour un total allégué de 34'132 fr. 24.

- 35 - En l'espèce, selon les contrats de leasing des 3 décembre 2015 et 13 janvier 2016, les mensualités s'élevaient à 917 fr. 43 (477 fr. 52 + 439 fr. 91) sur une période de trente-six mois, afin de couvrir le paiement de matériel informatique d'une valeur totale d'environ 30'524 francs. Ainsi, F. \_\_\_\_\_ devait payer les redevances sur une période de trente-six mois, et non régler tout de suite la valeur des objets remis en leasing, comme semble le faire valoir l'appelante. L'intimé ne pouvait en outre pas partir du principe que les contrats seraient résiliés et que la société allait devoir payer l'entier de la somme à brève échéance. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer, à l'instar des premiers juges, qu'au moment de la conclusion des contrats, le fait pour la société précitée de s'engager à payer une somme mensuelle de 917 fr. 43 restait raisonnable et ne constituait pas une charge excessive, et ce indépendamment de la situation financière de la société. De plus, l'appelante n'a pas allégué que les objets remis en leasing à F. \_\_\_\_\_ ne lui étaient d'aucune utilité. Cela est peu probable et n'est à tout le moins pas rendu vraisemblables s'agissant de matériel informatique. En outre, la société était une start-up qui a été créée en 2014. Son capital-actions a été entièrement libéré et elle recevait des fonds de la part de son principal actionnaire. Il est possible qu'au moment de la conclusion des contrats, elle n'ait pas encore eu de réelle activité sur le marché. Cela étant, il lui était nécessaire de se munir de matériel informatique afin de pouvoir lancer et développer son activité commerciale. Ainsi, si l'on se place à l'époque de la conclusion des contrats concernés, la décision de la société de louer du matériel informatique était raisonnablement défendable, voire dans l'ordre des choses. De plus, il apparaît qu'à la fin de l'année 2015 et au début de l'année 2016, l'intimé ne disposait pas de renseignements lui permettant de savoir qu'il ne pourrait pas respecter les engagements pris par la société. S'il savait certes peut-être que la société était en difficulté, il pensait pouvoir compter sur le financement d' [...]. Il n'a par ailleurs écrit à ce dernier que le 12 mai 2016, soit environ cinq mois plus tard, pour lui demander d'apporter des fonds à la société. Enfin, ce n'est que lorsque le

- 36 - prénommé lui a répondu le 17 mai 2016 qu'il s'est rendu compte que la société ne pourrait pas respecter ses engagements. L'appelante relève encore que souscrire une charge mensuelle de 917 fr. 43 par mois pour du matériel informatique représenterait une dépense inconsidérée au sens de l'art. 717 al. 1 CO, du seul fait que la société était déjà surendettée, et ce même si l'intimé ne le savait pas encore. Ce moyen se confond avec celui qu'elle invoque en lien avec l'art. 725 al. 2 CO et sera donc examiné ci-dessous (cf. consid. 5.2.3 infra). Ainsi, pour les motifs qui précèdent, il y a lieu de considérer que, sous l'angle de l'art. 717 al. 1 CO, l'intimé n'a pas violé son devoir de diligence. La décision des premiers juges sur ce point doit donc être confirmée.

### **E. 5.2.3**

L'appelante considère que l'intimé aurait causé un dommage à F. \_\_\_\_\_ en n'avisant pas suffisamment tôt le juge du surendettement de la société. Elle fait valoir que l'intimé ne pouvait pas s'attendre à ce qu' [...] signe une convention de postposition et que celle-ci était de toute manière insuffisante pour surseoir à l'avis au tribunal, dès lors que le montant du

surendettement dépassait le montant de la créance postposée. Elle ajoute que les apports du prénommé étaient irréguliers et se faisaient à bien plaisir, sans obligation contractuelle. L'appelante relève que le bilan de la société du 26 juillet 2016 faisait déjà état d'un découvert supérieur à la moitié de son capital-actions et que le fait que la requête de faillite de l'intimée ait été rejetée le 10 octobre 2016 par le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois n'y changerait rien. Sur ce point, les premiers juges ont relevé qu'il ressortait certes du bilan intermédiaire au 31 décembre 2015 que F. \_\_\_\_\_ était déjà surendettée à cet époque. Ils ont toutefois considéré que cette situation ne résultait que des apports financiers d' [...] pour lui permettre de développer ses activités et qu'il n'y avait donc aucune raison de craindre des difficultés financières, à tout le moins jusqu'à l'annonce de

- 37 - l'arrêt de tout financement par l'actionnaire principal, en mai 2016. Ils ont en substance ajouté que l'intimé pouvait légitimement compter sur une postposition de la créance du prénommé, laquelle était propre à éviter l'avis de surendettement au juge, et qu'une convention en ce sens avait d'ailleurs été conclue lors de la clôture du premier exercice comptable, en mai 2016. En l'espèce, le bilan intermédiaire de F. \_\_\_\_\_ au 31 décembre 2015, établi durant le mois de mai 2016, fait état d'un découvert de 288'078 fr. 35, dont une dette envers [...] de 158'850 fr. 37 (« C/c [...] »). Au moment de la clôture des comptes, au mois de mai 2016, soit lorsque ce bilan a été établi, la société précitée et le prénommé ont signé une convention par laquelle ce dernier a accepté de postposer sa créance dans le but d'éviter de devoir donner l'avis de surendettement au juge. Au 31 décembre 2016, le bilan intermédiaire de la société présentait un découvert de 357'892 fr. 92. Il faisait en outre état d'une créance envers le prénommé de 218'727 fr. 93 (« C/c [...] ») et d'une autre créance d'une filiale russe (« Filial [...] ») de 68'860 francs. Au regard des chiffres susmentionnés, on relève tout d'abord que la postposition de la créance d' [...] n'était pas suffisante pour pallier les pertes de F. \_\_\_\_\_ et donc que l'intimé devait procéder à l'avis de surendettement à compter de la fin du mois de mai 2016, période correspondant au demeurant au moment où le prénommé a annoncé qu'il cessait de verser des fonds à la société. En l'occurrence, l'intimé a avisé le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois par courrier recommandé du 3 juin 2016. Il l'a en outre complété, sur requête de cette autorité, le 26 juillet 2016. Par décision du 10 octobre 2016, le Président du tribunal précité a toutefois rejeté la requête de faillite, en considérant en substance que le surendettement et l'insolvabilité de la société n'étaient pas rendus vraisemblables. Au vu de ces circonstances, il apparaît que l'intimé n'a pas tardé à procéder selon l'art. 725 al. 2 CO. Il a agi dès qu'il a su que la société rencontrait des difficultés financières et qu'elle ne recevrait plus d'apports suffisants pour combler les pertes ou permettre la continuation des activités de la société. De plus, il a complété son avis et paraît avoir produit toutes les pièces permettant de constater le surendettement de la

- 38 - société (cf. consid. C.4 let. g et h). Or, l'autorité de première instance en matière de faillite a pourtant décidé que tel n'était pas le cas. L'appelante fait valoir que la faute devrait être imputée à l'intimé. Cela étant, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question, au vu de ce qui suit. Comme indiqué ci-dessus, au 31 décembre 2015, F. \_\_\_\_\_ présentait un découvert de 288'079 fr. 35. Si on ne tient pas compte de la dette envers [...], qui a été postposée et qui n'a pas été produite dans la faillite, il en résulte un découvert de 129'228 fr. 98 (288'079 fr. 35 - 158'850 fr. 37), dont une somme de 100'000 fr. à titre de capital social. Il est établi qu'au 31 décembre 2016, le découvert de la société était de 357'892 fr.

92. Toutefois, à cette date, la créance du prénommé figure au bilan à hauteur de 218'727 fr. 93, ce qui laisse subsister une perte de 139'164 fr. 99 (357'892 fr. 92 - 218'727 fr. 93), capital social compris. Ainsi, entre le 31 décembre 2015 et le 31 décembre 2016, il y a bien une augmentation de l'endettement de la société de 9'936 fr. 01 (139'164 fr. 99 - 129'228 fr. 98), montant qui devrait, selon la jurisprudence, constituer le dommage causé à la société si la faillite avait été prononcée à cette dernière date. Cela étant, au 31 décembre 2016, le bilan fait état, comme on l'a vu, d'une créance d'une filiale de F.\_\_\_\_\_ à hauteur de 68'860 francs. Cette filiale, qui a crédité la société de versements en 2016, n'a pas produit sa créance dans la faillite, de sorte qu'on peut considérer que cette créance résulte vraisemblablement de fonds versés par [...]. Or, si on tient compte de cette créance, on s'aperçoit que l'avis de surendettement prétendument tardif au juge n'a causé aucune augmentation du découvert dans la faillite, bien au contraire (68'860 fr. - 9'936 fr. 01 = 58'923 fr. 99). Pour le reste, il n'apparaît pas, compte tenu des allégations des parties et des éléments au dossier, que la situation de la société se serait détériorée entre la fin de l'année 2016 et le prononcé de la faillite, qui a eu lieu le 4 avril 2017. Ainsi, il n'est pas possible d'établir qu'un dommage aurait résulté d'un éventuel avis tardif de surendettement au juge de la part de l'intimé. Le grief de l'appelante est donc infondé.

- 39 -

#### **E. 6**

En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'341 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'appelante versera en outre à l'intimée la somme de 2'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 3 et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.